

ASPECTOS DA CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Carlos Roberto Barbosa Moreira

Advogado. Professor Auxiliar (concursado) do Departamento de
Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

*“L’atto totalmente invalido non è più irrimediabilmente
compromesso. È recuperabile.”*
(Giuseppe Gandolfi)

I. Razões justificadoras da escolha do tema

A conversão do negócio jurídico constitui, no Brasil, tema (em certa medida) novo. O Código Civil de 2002 – diferentemente do anterior, que dele não se ocupava – dedicou-lhe um artigo, em cuja interpretação e aplicação devem empenhar-se doutrina e jurisprudência. Embora alguns estudiosos, ao tempo do Código revogado, tivessem defendido a possibilidade do emprego da conversão mesmo no silêncio daquele diploma,¹ e conquanto o exame de certos precedentes revelasse, já naquele tempo, sua concreta (ainda que inconsciente) utilização por parte dos tribunais brasileiros,² é certo que nunca se havia expressamente consagrado, no ordenamento de nosso país, a figura da conversão, com a abrangência e a generalidade com que o fez o novo Código. A inovação, mesmo se considerada mais aparente que real, desperta natural curiosidade; e, como escreveu um estudioso português, “uma presença na lei constitui uma base juscultural importante para chamar a atenção da

¹ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. IV, §§ 374 e 375, e t. LVI, § 5.733; João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 8 e 333. Assim também no Direito português (anterior ao vigente Código): Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 436 (trata-se de reimpressão da versão de 1953, como explicado na introdução ao vol. I).

² Veja-se a resenha crítica de João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 282-292, onde se afirma que “o próprio instituto é, de certa maneira, desconhecido, mas, também, a denominação ‘conversão’ (...) não é usual em nossos tribunais”. O autor conclui, todavia, que a conversão “é muito mais freqüente do que poderia imaginar-se à primeira vista, procedendo-se a ela, sob formas e denominações as mais diversas” e que “o problema e sua solução não são alheios à nossa jurisprudência”.



Ciência sobre o fenômeno que, de outra forma, pode, embora presente, passar despercebido”.³

Justamente porque é novo, o assunto ainda se mostra desconhecido de numerosos operadores do Direito. No ano de 2005, em evento realizado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual tivemos a oportunidade de enfrentar o tema pela primeira vez, percebemos claramente que, vigente o novo Código já então por um biênio, muitas pessoas até ali não se haviam dado conta da presença da conversão no art. 170 – e, em consequência, não tinham sequer cogitado de sua efetiva aplicação em suas respectivas atividades profissionais. Advogados deixaram de invocá-la em proveito de seus constituintes; juízes e tribunais possivelmente deixaram de decretá-la em casos nos quais talvez representasse a melhor solução.

Apesar de novo e pouco difundido, o tema da conversão nos parece extremamente rico, merecedor de investigação científica e de aplicação prática. Essa riqueza é comprovada, entre nós, pela extensão e profundidade da obra do Professor João Alberto Schützer Del Nero, “A Conversão Substancial do Negócio Jurídico”, escrita e publicada sob a vigência do Código Civil de 1916, mas já munida de valiosas observações sobre o que viria a ser o art. 170 do novo diploma. Trata-se, em nosso entendimento, de livro fundamental ao estudo da conversão, revelador de suas origens históricas, minucioso na análise de seus requisitos e ilustrativo de suas potencialidades. Ao redigirmos este artigo, não queremos omitir a influência exercida pela leitura dessa obra – certamente proveitosa, aliás, a quem pretenda aprofundar-se na matéria.

Se a monografia citada atesta a complexidade do assunto, convém que se multipliquem estudos e debates sobre esse novo personagem: o desconhecimento do instituto, por advogados e juízes, inevitavelmente conduzirá à sua inadequada ou escassa utilização – quiçá ao seu abandono. E seria decerto indesejável que nossa avaliação, daqui a anos, se assemelhasse à de quem, na Itália, décadas após a entrada em vigor de seu Código, concluiu que “permanece substancialmente desaplicada” a norma relativa à conversão.⁴

2. Três modelos influentes

Parece existir consenso em que, dentre os sistemas jurídicos contemporâ-

³ Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, p. 279.

⁴ Giuseppe Gandolfi, *Il principio di conversione dell'atto invalido: fra continenza 'sostanziale' e volontà ipotetica*, p. 368.

neos, aquele que primeiro disciplinou o fenômeno foi o alemão, cujo Código Civil (em vigor a partir de 1900) trata da matéria em seu § 140, nos seguintes termos: “Presentes num negócio jurídico nulo os requisitos de um outro negócio jurídico, vale o último, se for de presumir-se que a validade dele, à vista do conhecimento da nulidade, teria sido querida”.⁵

O Código Civil italiano (de 1942) parafraseou a fórmula tedesca,⁶ conforme se extrai da leitura de seu art. 1.424: “Conversão do contrato nulo – O contrato nulo pode produzir os efeitos de um contrato diverso, do qual contenha os requisitos de substância e de forma, quando, à vista do objetivo perseguido pelas partes, deva entender-se que elas o teriam desejado se houvessem conhecido a nulidade”.⁷

Também o Código Civil português (de 1966) contém norma equivalente, com redação muito semelhante à do precedente italiano: “Art. 293º (Conversão) O negócio nulo ou anulado pode converter-se num negócio de tipo ou conteúdo diferente, do qual contenha os requisitos essenciais de substância e de forma, quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido, se tivessem previsto a invalidade”.

Chama a atenção do estudioso, a despeito da clara percepção de elementos comuns às três fórmulas, o fato de o Código alemão e o português se referirem à conversão de ‘negócio jurídico’, enquanto o italiano somente alude à conversão de ‘contrato’ (espécie daquele gênero). Mas a diferença é apenas aparente, se se considerar que, na sistemática do diploma italiano, diversamente do que ocorre com os dois outros (e com nosso novo Código Civil), não se abriu espaço à figura do negócio jurídico, e que as regras aplicáveis aos contratos igualmente o são, “enquanto compatíveis”, aos “atos unilaterais entre vivos que tenham conteúdo patrimonial” (*codice civile*, art. 1.324). Daí porque se admite, também naquele país, a conversão de negócios que encerram manifestações unilaterais de vontade.⁸

Sensivelmente influenciado, neste como em muitos outros tópicos, por aqueles três diplomas estrangeiros, nosso novo Código Civil cuida da matéria

⁵ Adotou-se a tradução de João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. XVII (“Resumo”). No original: “Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde”.

⁶ Gandolfi, *Il principio...*, p. 347.

⁷ No original: “Il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità”.

⁸ Como no exemplo de Galgano (*Il negozio giuridico*, p. 348): “una cambiale nulla per mancanza dei requisiti di forma (manca, ad esempio, la parola ‘cambiale’) può produrre gli effetti di una promessa di pagamento”.

no art. 170, assim redigido: “Se, porém, o negócio nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este, quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

São ostensivos os elementos ‘comuns’ à regra brasileira e às suas fontes inspiradoras:

- (a) em todas elas, pressupõe-se a existência de um negócio jurídico ‘nulo’;⁹
- (b) admite-se que, a despeito dessa ‘nulidade’, possam ‘produzir-se os efeitos que decorreriam de outro negócio’, de tipo ‘distinto’ daquele efetivamente desejado;
- c) por fim, condiciona-se a produção desses efeitos a duas circunstâncias:
 - (c.1) que o negócio ‘nulo’ contenha os requisitos (“de substância e de forma”, como se lê nos modelos italiano e português) daquele ‘outro’ negócio, no qual o primeiro “se converte”;
 - (c.2) que o segundo negócio, resultante da conversão, corresponda ao que as partes “teriam querido”, se a nulidade houvesse sido por elas prevista.

A conversão, portanto, opera (ao menos na literalidade do Código) no específico terreno das ‘nulidades’: a aplicação do art. 170 do novo Código Civil pressupõe que se haja identificado um negócio jurídico ‘nulo’, e a conversão funciona como expediente técnico de que se vale o legislador para, em alguma medida, possibilitar o reconhecimento de efeitos a um negócio concreto que, de outro modo, não produziria efeito algum. Muito significativamente, o art. 170 se segue ao dispositivo segundo o qual o negócio nulo “não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo” – como se o legislador, após ter condenado o negócio nulo à danação eterna, houvesse, não obstante, oferecido às partes uma “tábua de salvação”, capaz de preservá-lo, ainda que com eficácia reduzida.

3. Fundamento da conversão

Se o ‘resultado’ da conversão reside na excepcional atribuição de efeitos a um negócio jurídico ‘nulo’ – não, certamente, os efeitos próprios desse mesmo negócio, efetivamente querido pelas partes, mas sim os de um negócio por assim dizer “substituto”, que mantenha certa afinidade com aquele –, então parece claro que o fundamento da conversão reside no ‘princípio da conservação do

⁹ No Código português, alude-se, ainda, a contrato “anulado”.

negócio jurídico'.¹⁰ Esse princípio, como se sabe, consiste “em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia”,¹¹ e está na base de uma série de dispositivos legais, cuja enumeração seria aqui ociosa. Como bem se expressou um jurista italiano, a lei, em função desse princípio, dá prevalência à conclusão dos negócios, e não à sua frustração; prefere a circulação das riquezas à sua imobilidade.¹² Por isso, entre admitir a produção dos efeitos jurídicos decorrentes do negócio “substituto” ou declarar a nulidade do negócio efetivamente desejado pelas partes, a lei faz prevalecer a primeira solução, em reconhecimento à utilidade do negócio concretamente realizado.¹³

Em matéria de conversão, alude-se, muito expressivamente, a uma ‘fungibilidade negocial’.¹⁴ Segundo o dito popular, “quem quer os fins quer os meios”, mas quem quer os fins – acrescente-se – quer, sobretudo, esses fins.¹⁵ Daí, sendo possível alcançar o resultado prático visado pelas partes, ainda que por meio de negócio distinto daquele concretamente celebrado, nada mais natural que ‘conservá-lo’, reconhecendo-lhe alguma eficácia e proporcionando (ainda que de maneira incompleta) a realização daqueles fins.

4. Converter, conversão: uma denominação imprópria?

Nem o substantivo “conversão”, nem o verbo “converter” figuram no art. 170 do novo Código Civil, mas o fenômeno, de que ali se cuida, é habitualmente versado na doutrina brasileira sob esse rótulo.¹⁶ Viu-se que, em ordenamentos estrangeiros de línguas neolatinas, fala-se, de igual modo e no mesmo contexto, em “conversão”, e o termo é também empregado,

¹⁰ A observação é corriqueira na doutrina: C. Massimo Bianca, *Il contratto*, p. 594; Giovanni Criscuoli, *Il contratto*, pp. 374-375; Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 67; e os autores citados por João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 316 e 324.

¹¹ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 66.

¹² Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, p. 349; Id., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I, pp. 316-317.

¹³ Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 67.

¹⁴ João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. 236. Em crítica a uma sentença da *Corte di Cassazione* que, em determinado caso concreto, negou a conversão, escreve Gandolfi (*Il principio...*, p. 357): “*Nel pensiero della Corte sembra dunque non rilevare il fatto che, in relazione allo scopo concreto perseguito, le due soluzioni negoziali possono essere, quanto ai risultati economici che alle parti premono, fungibili l'uno rispetto all'altra, a prescindere dall'analogia esistente sul piano causale*”.

¹⁵ “Todo querer é querer de ‘resultado’ e de ‘maneira’: se o resultado é lícito, nada obsta a que se procure a ‘forma’, em que se possam meter os resultados queridos. Varia-se de forma, ‘converte-se’. O escopo econômico é o mesmo; mas não se consegue pelo modo que o disponente quis, e sim por outro que ele talvez não tenha querido. A vontade é a mesma, o *actus varia*” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, p. 375).

¹⁶ Já assim ao tempo do Código revogado: Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. IV, §§ 374 e segs., e t. LVI, § 5.733; Orlando Gomes, *Contratos*, nº 156.

em sede doutrinária, em países a que falta regra expressa sobre o assunto.¹⁷ Na Alemanha, conquanto o termo utilizado na lei seja *Umdeutung*, usa-se, também, palavra de raízes latinas, *Conversion* (ou *Konversion*).¹⁸

Ora, “converter” significa (entre outras possíveis acepções, que aqui não nos interessam) “mudar (uma coisa) em outra de forma e/ou propriedade diferente; transformar, transmutar” (Aurélio). Mesmo em termos estritamente jurídicos, emprega-se o verbo ou seu correspondente substantivo para indicar uma ‘alteração’: para nos limitarmos a um solitário exemplo, a Constituição Federal, em matéria de união estável, alude à possibilidade de “sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º), querendo evidentemente dizer que aquela pode ‘transformar-se’ neste. Na legislação brasileira, exemplos análogos são incontáveis.¹⁹

Por aí já se esboça um interessante problema exegético, suscitado pela redação do art. 170 de nosso Código Civil: se o resultado da conversão consiste na prevalência de um “outro” negócio (evidentemente, ‘diverso’ daquele que seria tido por nulo), como conciliar essa aparente ‘mudança’ com a idéia de algo que possa, após a conversão, ainda assim “subsistir” (“... subsistirá este ...”)? A “subsistência” desse ‘outro’ negócio (indicada textualmente no art. 170) estaria a sugerir que ele deva ser considerado, desde sempre, “implícito” ou “contido” no negócio que se reputou nulo, de tal modo que o resultado da conversão seria, ao menos em parte, a ‘manutenção’ do negócio “convertido”?²⁰

Note-se que a referência a algo que deva “subsistir” constitui peculiaridade da norma brasileira: como se registrou, nem na lei alemã, nem na italiana ou na portuguesa se descobre qualquer menção à “subsistência” de alguma coisa que se pudesse ter por “implícita” no negócio primitivo. Muito ao contrário: nos três casos, alude-se a um “outro” negócio, “diverso”, como sendo o resultado da conversão.

Todas essas indagações guardam relação direta com a essência do fenômeno conversivo. Afinal, em que consiste a conversão?

¹⁷ Por exemplo, na Espanha: cf. Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, p. 115.

¹⁸ Vejam-se os trabalhos doutrinários constantes da bibliografia indicada por João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 451 e segs.0

¹⁹ Assim, a separação litigiosa pode ‘converter-se’ em separação consensual (CPC, art. 1.123); o arresto ‘converte-se’ em penhora (*idem*, art. 654); a arrecadação de bens da herança jacente pode ‘converter-se’ em inventário (*idem*, art. 1.153); as ações ordinárias de uma companhia fechada são ‘conversíveis’ em preferenciais, e as debêntures, em ações (Lei nº 6.404/76, art. 16, I, e 57, respectivamente); etc.

²⁰ Extensa crítica à construção que vê no negócio “substituto” algo “implícito” no negócio nulo, do qual possa ser “separado” ou “extirpado”, é desenvolvida por Gandolfi, *Il principio...*, pp. 355 e segs.

Em sua erudita monografia, a que antes aludimos, conclui o Professor Del Nero, com argumentação muito convincente, que a conversão está no plano da ‘qualificação jurídica’ de determinado negócio. Talvez se deva aqui explicar, ainda que sinteticamente, essa idéia.

Examinados os elementos de um determinado negócio jurídico realizado, chega-se à conclusão de que se trata de “negócio de tipo ‘a’” (ou seja, conclui-se que ‘as partes desejaram realizar o negócio desse tipo particular’). Até aí, houve, em primeiro lugar, uma atividade de ‘interpretação’, destinada a revelar o conteúdo do negócio; em seguida, à luz dos frutos dessa interpretação, procedeu-se à sua ‘qualificação’, ou seja, à sua classificação na categoria (‘abstrata’) de “negócio jurídico do tipo ‘a’”. Em se tratando de “a”, falta-lhe, porém, *in concreto*, determinado requisito de validade; verifica-se, porém, que negócio jurídico de tipo diverso, “b”, ainda que em menor escala, também seria apto a realizar os ‘fins práticos’ perseguidos pelas partes; percebe-se, ainda, que, para “b”, estão presentes (no negócio efetivamente realizado) os respectivos requisitos de validade; “converte-se”, assim, “a” (nulo) em “b” (válido).

O que se fez nessas diferentes etapas? Interpretou-se o negócio concreto; uma vez identificados seus elementos, a ele se atribuiu o rótulo de “negócio do tipo ‘a’”; mas, se esse negócio for tratado como “a”, será nulo. Ora, a conversão de “a” (nulo) em “b” (válido) em nada modificou, estruturalmente, o negócio: a(s) vontade(s), nele manifestada(s), não foi(foram) acrescida(s) de algo, nem dela(s) se retirou o que quer que fosse. A manifestação de vontade, como fato essencialmente ‘pretérito’, permaneceu intocada. A única diferença reside em que, ao invés de ver no negócio concreto um “negócio do tipo ‘a’” (que, segundo os frutos da atividade interpretativa, era aquele desejado pelas partes), nele passamos a enxergar um “negócio do tipo ‘b’”. E essa nova maneira de visualizar (ou de qualificar) o negócio concretamente realizado se justifica diante da aptidão do “negócio jurídico do tipo ‘b’” para proporcionar, ainda que de modo mais acanhado, aquela utilidade prática visada pelas partes quando escolheram o “negócio jurídico do tipo ‘a’”.

Assim vistas as coisas, parece-nos que, quando o novo Código Civil (afastando-se de outros modelos) se refere, um tanto contraditoriamente, a um “outro” negócio que deva, porém, “subsistir”, deve-se ler o dispositivo como se sua redação fosse esta: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, *produzirá os efeitos deste*, quando o fim, a que visavam as partes, permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”

(destacamos). É nessa ‘produção de efeitos diversos’ (mas compatíveis com a finalidade prática buscada pelas partes) que reside a essência da conversão.²¹

5. Interpretação e conversão do negócio jurídico

As considerações desenvolvidas no item anterior (em especial, a descrição do itinerário a ser percorrido até a efetiva conversão do negócio nulo) permitem concluir que “a conversão não pertence mais ao campo da interpretação, mas pressupõe que ela já tenha terminado”. “A interpretação ocorre antes da conversão”.²²

Ao se interpretar o negócio jurídico, busca-se, com efeito, identificar a vontade ‘efetiva’ das partes; ao se converter o negócio jurídico em outro, o que se pretende é dar-lhe nova ‘qualificação’, necessariamente ‘distinta’ daquela a que conduziria a vontade ‘efetiva’ nele manifestada (porque, de outro modo, haveria nulidade). Se se quisesse conferir peso excessivo à letra do art. 170, ainda se poderia acrescentar que a interpretação é atividade de revelação da vontade ‘efetiva’, ao passo que a conversão consistiria no procedimento de identificação de uma vontade ‘hipotética’, que as partes “teriam tido”²³, se houvessem antevisto a nulidade (veja-se no entanto, a crítica a essa derradeira construção: *infra*, nº 7).

6. Espécies de conversão

A conversão de que trata o art. 170 do novo Código Civil (e os dispositivos de legislação estrangeira, antes mencionados) costuma ser qualificada como ‘substancial’, em oposição à conversão dita ‘formal’. Esta última pode configurar-se no âmbito de negócios jurídicos em tese passíveis de realização por mais de uma forma: assim, por exemplo, aqueles que podem indistintamente ser celebrados quer por escritura pública, quer por instrumento particular. Aí pode ocorrer que, tendo as partes optado pela forma mais solene, o negócio, não obstante, seja atingido por nulidade (v.g., por preterição de alguma específica solenidade, ou por incompetência do oficial público que lavrou o ato²⁴). Nesse

²¹ Segundo Barbero (*Sistema...*, vol. I, n. 221), a conversão “significa utilização de uma declaração, incapaz de dar vida ao negócio intentado e a seus efeitos específicos, para outro negócio diferente e com efeitos parcialmente diferentes”.

²² João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 391-392 (citando autores alemães).

²³ Grassetti, *L'interpretazione...*, p. 171.

²⁴ O exemplo é corriqueiro na doutrina referente à conversão e remonta (pelo menos) a dispositivo expresso do Código Civil italiano de 1865: cf. Grassetti, *L'interpretazione...*, p. 172, nota nº 32. O vigente Código daquele país repete a norma (art. 2.701), também presente no Direito brasileiro (Código de Processo Civil, art. 367).

caso, admite-se que o negócio valha como se houvesse sido realizado por outra forma (desde que, por óbvio, estejam presentes os requisitos peculiares a essa forma alternativa).

Por exemplo: a nulidade do testamento cerrado, por deficiência formal, não impede que se lhe reconheça validade, como se se cuidasse de testamento particular. No Direito italiano, a hipótese é objeto de expressa disposição legal (Código Civil, art. 607), mas, no Direito brasileiro, sua ocorrência está condicionada a que o testador tenha também procedido à leitura da cédula perante as testemunhas (solenidade não exigida, para o testamento particular, na Itália)²⁵, com isso cumprindo o requisito do art. 1.876 (§ 1º ou § 2º) do novo Código Civil.²⁶

Não há, em tais casos, a conversão de que cuida o art. 170 pelo simples motivo de que, em sua qualificação, a natureza do negócio não se altera (não há um “outro” negócio, que “surja” como decorrência da conversão): no exemplo dado, o negócio nulo era um testamento, e conservará essa mesma natureza jurídica o negócio que resultar do aproveitamento de outra forma (particular), igualmente admitida para a sua confecção.²⁷ Tem-se, no entanto, sustentado a aplicação ‘análoga’ daquele dispositivo aos casos de conversão meramente formal.²⁸

Ainda no terreno das classificações, alude-se à conversão ‘legal’, igualmente excluída do campo de aplicação do art. 170. Ocorre essa modalidade de conversão quando a própria lei, atendendo ao interesse na conservação dos efeitos de determinado negócio, atribui-lhe qualificação diversa daquela que resultaria da efetiva vontade das partes. Era o caso, por exemplo, no Código

²⁵ O art. 602 do *codice civile* apenas impõe, como requisitos de validade do testamento particular, seja ele “scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore”.

²⁶ Sustenta Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, vol. VI, n. 462, p.250) que, nesse caso, “as assinaturas [incluindo as das testemunhas] ao final do auto de aprovação não deixam de integrar o testamento”, observado, assim, o requisito da parte final do § 1º ou do § 2º daquele dispositivo (subscrição da cédula pelas testemunhas).

²⁷ Grassetti (*L'interpretazione...*, p. 171 e segs.) preferia as expressões “*mantenimento*” e “*trasformazione*” para identificar, respectivamente, a conversão formal e a material. Em nota de rodapé (p. 172, nº 32), observava ele, com inteira procedência, que, embora não haja, na conversão formal, alteração da estrutura do negócio (observação também válida, a rigor, para a conversão substancial, pelas razões expostas no texto), “*è fuori discussione che non vengono prodotti gli effetti propri della forma nulla*” ou seja, da conversão formal resulta a “manutenção” da qualificação jurídica, sem que, no entanto, possam produzir-se ‘todos’ os efeitos que decorreriam do negócio na forma escolhida. E fornecia exemplo certamente também aplicável ao Direito brasileiro: a conversão (meramente formal) do ato público em escritura privada não possibilita a conservação quer da ‘eficácia probatória’, quer da ‘exequibilidade’ da forma primitiva (cf. arts. 367 e 585, II, do Código de Processo Civil).

²⁸ Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, p. 377. Para Gandolfi (*Il principio...*, p. 367-368), a distinção entre essas duas espécies de conversão não faria sentido em ordenamentos nos quais existisse regra expressa sobre a matéria.

revogado, do art. 679, o qual, após declarar a perpetuidade do contrato de enfiteuse, tratava-o, todavia, como arrendamento, se pactuado “por tempo limitado”. No diploma agora em vigor, o parágrafo único do art. 1.952 nos fornece exemplo igualmente ilustrativo: a substituição fideicomissária – como no *caput* se lê – “somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador”, mas, se já nascido o fideicomissário ao tempo da abertura da sucessão, “adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário”. Nos dois exemplos, a violação a normas ‘proibitivas’ (no primeiro caso, à contratação de enfiteuse por prazo determinado; no segundo, à nomeação de fideicomissário já nascido) se resolve não na declaração da nulidade da cláusula, mas na atribuição de efeitos jurídicos diversos.

A conversão agora prevista no art. 170 do novo Código, por oposição àquela dita legal, pode qualificar-se ainda como ‘judicial’. Embora por vezes se aluda à possibilidade de uma conversão desenvolvida “pelos próprios interessados” (que assim celebrariam um ‘negócio jurídico de conversão’), é inevitável a conclusão de que apenas o juiz pode reconhecer o fenômeno “substitutiva e definitivamente”.²⁹ Uma conversão realizada pelas próprias partes, a rigor, não faria sentido, pois, convencidas da nulidade do negócio, certamente não lhes ocorreria convertê-lo (para dele extrair, na prática, utilidade ‘inferior’ à que extrairiam se fosse válido), mas sim repeti-lo, expurgando-o, todavia (se possível), do fator invalidante.

7. Breve exame dos requisitos da conversão substancial, no Direito brasileiro

Identificada a conversão (substancial) do art. 170 do novo Código Civil como um procedimento de (re)qualificação de certo negócio jurídico nulo, passemos ao exame de seus requisitos:

(a) em primeiro lugar, o negócio a ser “convertido” deve ser ‘nulo’. No Direito brasileiro, ao menos *de lege lata*, parece difícil admitir a conversão dos negócios meramente ‘anuláveis’ (para os quais há a possibilidade de ‘confirmação’: art. 172) ou mesmo daqueles cuja nulidade já foi pronunciada por sentença transitada em julgado (sobre eles, *infra*, nº 8). Parece, todavia, a despeito do silêncio da lei, ser admissível a conversão de certos negócios

29 João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 334-335.

meramente ‘ineficazes’ (v.g., pacto antenupcial, ao qual não se seguiu casamento,³⁰ mas mera união estável, e que, embora ineficaz como negócio daquela natureza, pode produzir, todavia, os efeitos do “contrato escrito” a que alude o art. 1.725 do novo Código Civil)³¹;

(b) em segundo lugar, a despeito da literalidade da lei (“partes”, no plural), a conversão tanto pode atingir negócios jurídicos ‘bilaterais’ como ‘unilaterais’. Constituem exemplos de conversão de negócios unilaterais: o falso reconhecimento de um filho – crime do art. 242 do Código Penal – poderia valer, segundo alguns,³² como adoção; o legado em testamento ‘nulo’ pode ser válido como reconhecimento de dívida do testador;³³ a renúncia antecipada da prescrição – ‘nula’ como tal³⁴ – pode valer como ato do devedor que interrompe a prescrição (novo Código Civil, art. 202); a nota promissória, nula por defeito ‘formal’, pode valer como confissão de dívida;

(c) em terceiro lugar, o negócio “substituto” deve ter a aptidão para realizar, ao menos em certa medida, os ‘fins práticos’ do negócio “convertido”. A doutrina reconhece que a conversão normalmente reduz a utilidade prática que as partes poderiam alcançar, se válido fosse o negócio.³⁵ Assim, por exemplo, embora o direito de voto não possa ser validamente cedido sem a simultânea transferência do próprio *status* de sócio, o negócio de cessão daquele direito pode, todavia, valer como procuração para o seu exercício (o cessionário poderia efetivamente votar, embora em nome do cedente, e não como titular de uma participação no capital social, expressa em cotas ou ações); a compra e venda, sendo nula, pode valer como promessa (não se criaria, desde logo, a obrigação de transferência do domínio, mas apenas a de celebração de outro contrato, definitivo);

Neste ponto, é lícito antever a repetição, entre nós, do exaustivo debate, travado alhures, acerca da necessidade de identificação de uma “vontade hipotética” ou “presumida” das partes, dirigida ao negócio “substituto”. O

³⁰ O art. 1.653 do novo Código Civil, com maior rigor terminológico que o anterior, declara ‘ineficaz’ (e não ‘nulo’) o pacto antenupcial “se não lhe seguir o casamento” (art. 1.653).

³¹ Para outros exemplos ilustrativos de conversão de negócio jurídico ‘ineficaz’, João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, pp. 362 e 374, nota nº 65.

³² Vejam-se as considerações de João Alberto Schützer Del Nero (e o acórdão por ele examinado), *Conversão Substancial...*, pp. 289-292 e 422-423. O exemplo, *de lege lata*, nos parece no mínimo discutível.

³³ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.733, nº 17.

³⁴ “A renúncia da prescrição (...) só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumir” (novo Código Civil, art. 191).

³⁵ Criscuoli, *Il contratto*, p. 374. Já Grassetti (*L'interpretazione...*, p. 173) acentuava que o negócio substituto produz “*effetti giuridici più limitati o diversi che quello nullo*”; e, pouco adiante (p. 179), descrevia o possível resultado da conversão como uma “redução” do fim prático perseguido.

texto brasileiro, ao menos em sua literalidade, reproduz a exigência, presente também noutros ordenamentos (*supra*, nº 2), de que o negócio jurídico, decorrente da conversão, corresponda àquele que “as partes teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. Mesmo em obras doutrinárias recentes, tem-se aludido – por exemplo, na Itália – ao requisito “essencialmente subjetivo (...) representado pela vontade hipotética das partes, razoavelmente dedutível de todo indício útil, de concluir o contrato diverso se tivessem conhecido a nulidade daquele efetivamente estipulado”.³⁶

Parece mais acertado, porém, ver nessa “vontade hipotética” mera ficção,³⁷ pois as partes, em verdade, nenhuma vontade tinham de concluir qualquer outro negócio diferente daquele que, afinal, se mostrou nulo. A oração condicional “se houvessem previsto a nulidade” inequivocamente aponta no sentido de que, para haver conversão, as partes nem previram a nulidade, nem, com maior razão, tinham conhecimento dela.³⁸ Por isso, tem-se procurado substituir o suposto requisito daquela “vontade hipotética” por um juízo puramente ‘objetivo’, que possa, no caso concreto, afirmar que os novos efeitos, decorrentes do procedimento conversivo, são “idôneos a satisfazer os interesses das partes em tal medida a justificar a manutenção” do negócio;³⁹

(d) por fim, a conversão pressupõe a inexistência de uma ‘vontade alternativa’: as partes apenas desejaram realizar o negócio “convertido”, e não o negócio “substituto”. Se, ao contrário, as partes efetivamente anteviram a possibilidade de ser nulo o negócio que fizeram, e, prevendo-o, dispuseram que, nessa hipótese, o negócio produziria os efeitos de outra espécie negocial, o caso já não mais será de verdadeira conversão, mas daquilo que a doutrina chama negócio jurídico “com vontade alternativa” (por exemplo, testamento com cláusula codicilar).⁴⁰

³⁶ Criscuoli, ob. cit., p. 375. Para uma defesa dessa posição, Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, p. 46: “(...) A vontade hipotética não é uma vontade irreal ou inexistente. Não é puramente subjetiva ou arbitrária. É um critério mediante o qual, tendo em atenção o domínio negocial querido e fixado pelas partes, as circunstâncias concretas em que um determinado negócio jurídico se celebrou e as finalidades práticas que o motivaram, se procura o que elas razoavelmente teriam querido, caso previssem a sua invalidade”. Parece-nos que a argumentação, antes de fortalecer a teoria da “vontade hipotética”, acaba, em realidade, por enfraquecê-la ao situar nas “circunstâncias concretas” e nas “finalidades práticas” do negócio os fatores preponderantes na avaliação da possibilidade de conversão.

³⁷ Gandolfi, *Il principio...*, p. 372.

³⁸ Como bem expunha Grassetti (*L'interpretazione...*, p. 171), essa vontade “hipotética” corresponderia a “circunstâncias que em realidade [as partes] não consideraram”.

³⁹ C. Massimo Bianca, *Il contratto*, p. 595.

⁴⁰ João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. 231, 251, 315 e 340-341; Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, p. 76; Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, p. 104, nota nº 83.

8. Limites à conversão

Examinemos, agora, alguns fatores impeditivos da conversão.

Se as partes ‘conheciam’ a causa da nulidade, o negócio não pode converter-se.⁴¹ Essa afirmação – que naturalmente decorre da cláusula “se houvessem previsto a nulidade” – põe em relevo a distinção entre as hipóteses de conversão e de simulação relativa: na primeira, a vontade apenas se dirige à realização do negócio “convertido”, não, porém, à do negócio que o “substitui”; na segunda, a vontade apenas se dirige ao negócio ‘dissimulado’, não ao aparente. Assim, “o negócio em que o nulo se converte é um negócio não querido, coisa que, pelo contrário, não pode dizer-se do negócio dissimulado. O único – bastante vago, enfim – ponto de contato, que, talvez, pudesse ver-se entre os dois fenômenos, estaria no fato de que em ambos prevalece o propósito prático perseguido pelos sujeitos”.⁴²

Se a nulidade se origina de ‘incapacidade absoluta’ da parte, exclui-se a conversão, pois o defeito, que atingiu o negócio concretamente realizado, também macularia o negócio “substituto”. Ora, a conversão visa à produção dos efeitos desse último, no pressuposto de que ele possa, efetivamente, produzi-los, porque estão contidos, no negócio nulo, todos os requisitos de validade do negócio “substituto”.

Tampouco se poderá cogitar de conversão nas hipóteses de nulidade decorrente da ilicitude do “motivo determinante, comum a ambas as partes” (novo Código Civil, art. 166, III), ou quando o negócio “tiver por objetivo fraudar lei imperativa” (art. 166, VII). Vale, para o Direito brasileiro, a observação, formulada na Itália, de que a aplicação da regra sobre conversão “é conexa à avaliação positiva do propósito prático perseguido pelas partes”.⁴³ Por evidente, tal avaliação seria inadmissível em qualquer dos dois casos.

Se o negócio já foi declarado nulo, por sentença transitada em julgado, descabe, de igual modo, a conversão, em processo posterior entre as mesmas partes, onde a validade do negócio tenha, de igual modo, relevância para o julgamento de mérito (“lide logicamente subordinada”, na linguagem dos processualistas⁴⁴). Mesmo que a conversão não tenha sido argüida como

⁴¹ Galgano, *Il negozio giuridico*, p. 350; Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, p. 59.

⁴² O trecho entre aspas é de Lina Bigliazzi-Geri, citada por João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substantial...*, p. 401.

⁴³ Lina Bigliazzi Geri, citada por João Augusto Schützer Del Nero, *Conversão Substantial...*, p. 358.

⁴⁴ José Carlos Barbosa Moreira, “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, in *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*, p. 97 e segs. (a expressão aparece na p. 106).

matéria de defesa – e parece duvidoso que ela pudesse ser conhecida de ofício⁴⁵ –, incidiria o art. 474 do Código de Processo Civil: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Por último, não se abre espaço à conversão se o negócio, que se pretende ver “convertido”, é ‘inexistente’.⁴⁶ O art. 170 do novo Código Civil exige negócio ‘nulo’; e negócio nulo é, por imperativo lógico, negócio ‘existente’.⁴⁷

9. Bibliografia (obras citadas)

ANDRADE, Manuel A. Domingues de — *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 7ª reimp., 1992.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de — *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, Saraiva, São Paulo, 4ª ed., 2002.

BARBERO, Domenico — *Sistema de derecho civil*, vol. I, EJE, Buenos Aires, 1967 (trad. da 6ª ed. Italiana por Santiago Sentis Melendo).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos — *Temas de Direito Processual (Primeira Série)*, Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1988.

BIANCA, C. Massimo — *Il contratto*, Giuffrè, Milão, 1987 (rist.).

CRISCUOLI, Giovanni — *Il contratto*, Cedam, Pádua, 1996.

DEL NERO, João Alberto Schützer — *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis, e GULLÓN, Antonio — *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madri, 7ª ed., 1995.

FERNANDES, Luís A. Carvalho — *A Conversão dos Negócios Jurídicos Cíveis*, Quid Juris, Lisboa, 1993.

⁴⁵ O ponto, a rigor, mereceria investigação mais profunda (quiçá, um outro artigo). Limitamo-nos, porém, a registrar a opinião de Teresa Luso Soares, *A Conversão...*, p. 58-59: “A conversão opera, por outro lado, para satisfazer a confiança das partes na proteção jurídica. Para conservar os valores jurídicos, mas tendo em vista as finalidades práticas visadas. Daqui resulta não poder converter-se um negócio inválido contra a vontade e os interesses das partes. Como tal, não pode o juiz decretar oficiosamente a conversão. É preciso que as partes a requeiram”. Em sentido idêntico: Luís A. Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios Jurídicos Cíveis*, p. 369 e segs. Breves indicações da jurisprudência da Corte di Cassazione, sobre o ponto, em Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. cit., t. cit., p. 317, nota nº 100; Id., *Il negozio giuridico*, p. 349, nota nº 160.

⁴⁶ Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. LVI, n. 12, p. 379; C. Massimo Bianca, *Il contratto*, p. 595; João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial...*, p. 355 e segs.; Luís A. Carvalho Fernandes, *A Conversão...*, p. 237 e segs.

⁴⁷ Convém recordar, neste ponto, a seguinte lição: “A validade é, pois, a qualidade que o negócio jurídico deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (‘ser regular’). Validade é, como o sufixo da palavra indica, *qualidade* de um negócio existente. ‘Válido’ é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas” (Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, p. 42) (destacado no original).

GALGANO, Francesco — *Il negozio giuridico*, vol. III, t. 1º do *Trattato di diritto civile e commerciale* de Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Giuffrè, Milão, 2ª ed., 2002.

GALGANO, Francesco — *Diritto civile e commerciale*, vol. II, t. I, Cedam, Pádua, 1990.

GANDOLFI, Giuseppe — “*Il principio di conservazione dell’atto invalido: fra continenza ‘sostanziale’ e volontà ‘ipotetica’*”, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milão, 1991.

GOMES, Orlando — *Contratos*, Forense, Rio de Janeiro, 17ª ed. (atualizada por Humberto Theodoro Júnior), 1997.

GRASSETTI, Cesare — *L’interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Cedam, Pádua, 1983 (rist.).

LEITE, Eduardo de Oliveira — *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXI, Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antônio — *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, reimp., 1997.

MOTA PINTO, Paulo — *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti — *Tratado de Direito Privado*, t. IV, Borsoi, 3ª ed., 1970, e t. LVI, Borsoi, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1968.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, Forense, Rio de Janeiro, 15ª ed. (atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira), 2004.

SOARES, Teresa Luso. *A Conversão do Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1986.